Die Boden- und Raumleihe

Ein Beitrag zur Lehre von der Leihe

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen
Friedrich-Wilhelms-Universität
in Breslau

Vorgelegt
von
Ernst Günther Becker
aus Lünen i. Westfalen

1925

Gedruckt
mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Manigk

Seinem hochverehrten
Herrn Geheimen Justizrat
ord. Professor der Rechte,
Dr. jur. A. Manigk
gewidmet

Lebenslauf.

Ich, Ernst Günther Becker, evang., preußischer Staatsangehörigkeit, bin geboren am 6. Oktober 1900 in Lünen (Westfalen) als Sohn des dortigen Ersten Bürgermeisters E. Becker. In meiner Vaterstadt besuchte ich das Realgymnasium, 1914—1918 die Kadettenanstalt in Bensberg bei Köln, 1918—1920 die Hauptkadettenanstalt Berlin-Groß-lichterfelde, 1920 bis Ostern 1922 die Staatliche Bildungsanstalt Berlin-Großlichterfelde, woselbst ich das Abiturientenexamen, unter Befreiung von der mündlichen Prüfung, bestand. Darauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft in Würzburg, in Münster i. W. und Breslau.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.

Die Ausdrücke: Bodenleihe und Raumleihe sind bisher im Rechtsleben und Rechtsverkehr so gut wie unbekannt. Das ist auch durchaus verständlich. Denn in der Regel werden Sachen von geringem Wert verliehen. Grundstücke, Räume, überhaupt Gegenstände von erheblichem Werte pflegt man nicht zu verleihen. Solche Gegenstände sind in der Regel Objekt anderer Rechtsgeschäfte. Immerhin finden sich Spuren von Raumleihe als sogenannte „Wohnungsleihe“ schon in den römischen Rechtsquellen. So heißt es in D 13, 6, 1,1: „Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait. Ebenso in D 19, 5, 17 pr.: si gratuitan tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere. Unter der habitatio im Sinne dieser Digestenstellen ist nicht etwa die habitatio im technischen Sinne, die servitus habitationis, zu verstehen. Denn die habitatio als Servitus durfte garnicht unentgeltlich übertragen werden, nicht einmal der Ausübung nach.[1]) Unter der habitatio ist in den angeführten beiden Digistenstellen die Wohnung im gewöhnlichen Sinne des Wortes verstanden. Die Stelle D 19, 5, 17 pr insbesondere gibt das ganz deutlich zu erkennen. Denn weder die actio commodati, wie Vivianus will, noch die actio praescriptis verbis, wie Ulpianus will, sind denkbar, wenn die beiden römischen Juristen unter der habitatio nicht die Wohnung im gewöhnlichen Sinne des Wortes, sondern als servitus habitationis verstanden hätten. Häufiger kommt der Ausdruck Wohnungsleihe in der modernen Rechtsprechung vor,[2]) während in der Literatur die „Wohnungsleihe“ nur hie und da vorkommt.[3]) Neben der „Wohnungsleihe“ finden sich in den Entscheidungen der obersten Gerichte vereinzelt auch schon die Ausdrücke: „Raumleihe, commodatum loci, Entleiher

[1]) D 7, 8, 10 pr. Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts Band I § 208.

[2]) So z. B. in J. W. 1921 S. 1362, Nr. 5; Gruchot Bd. 65, S. 717, Nr. 89; Juristische Zeitschrift f. d. Reichsland Elsaß-Lothringen 30. Jahrgang, 12. Heft S. 637 Nr. 185.

[3]) Vgl. z. B. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, Gesamtnachtrag 1922 S. 163 zu 598.

eines Grundstückes."[1]) Während das römische Recht, wie angegeben, der Wohnungsleihe als dem obligatorischen Vertrage auf unentgeltliche Wohnungsüberlassung einen festen Platz im Rechtssystem angewiesen hat, ist dies in der Gesetzgebung der Gegenwart nicht geschehen. Mit Ausnahme der Vorschrift des § 580 B. G. B., wo von der Miete an Wohnräumen und anderen Räumen die Rede ist. findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch kein Anhalt dafür, daß das Gesetz auch eine Wohnungsleihe kennt. Was für die Wohnungsleihe gilt, gilt in gleichem Maße auch für die Raumleihe im allgemeinen. Ebensowenig spricht das Gesetz von Grundstücksleihe oder von Bodenleihe. Erst die Kleingartenordnung vom 31. Juli 1919 und die Pachtschutzordnung vom 31. Juli 1919 sprechen von der Leihe von Grund und Boden. Demnach ist die Boden- und Raumleihe als der obligatorische Vertrag auf unentgeltliche Ueberlassung von Räumen und von Grund und Boden so gut wie unbekannt und gibt daher zu mannigfachen Zweifeln Anlaß. Er kann ein Leihvertrag im Sinne der §§ 598 ff. B. G. B. sein. Andererseits scheint er Züge mit der Schenkung gemein zu haben. Endlich liegt eine unverkennbare Verwandtschaft mit der Miete von Grundstücken und Räumen vor.

Demnach wird Gegenstand der Untersuchung sein:

1. Feststellung, was unter der Boden- und Raumleihe zu verstehen sei. Insbesondere wird es sich darum handeln, festzustellen, ob es sich um eine Leihe im Sinne des § 598 B. G. B. handelt, nämlich um eine besondere Leihe dem Gegenstande nach; oder ob die Boden- und Raumleihe ein Vertrag eigentümlicher Art ist, der Elemente der Leihe, Schenkung und Miete in sich schließt.
2. Klarlegung, ob die Boden- und Raumleihe gegenüber der gewöhnlichen Leihe sowie gegenüber der Schenkung und der Miete von Boden und Räumen besondere Rechtswirkungen und Rechtsverhältnisse eigener Art zeitigt.

   Der Ausgangspunkt der Untersuchung wird naturgemäß der Begriff der Leihe sein, wie er im § 598 B. G. B. festgesetzt ist.

[1]) Seuff. Arch. Bd. 37 S. 419, R. G. Z. Bd. 65 S. 270 ff.

Ist die Boden- und Raumleihe eine Leihe?

1. Allgemeines

Die Grundlage für die Behandlung eines Vertrages bildet sein Verhältnis zu dem im Laufe der Rechtsgeschichte herausgebildeten Vertragstypen. Erst, wenn feststeht, ob und wo er unter ihnen eine Stelle hat, können seine Rechtswirkungen im einzelnen klargestellt werden.

Wie der Mietsvertrag die entgeltliche Gebrauchsüberlassung umfaßt, so ist die Leihe dazu da, die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung zu regeln. Dieser Parallele verleiht das B. G. B. auch dadurch besonders Ausdruck, daß es die beiden Vertragstypen aneinander reiht, ähnlich wie die Schenkung als unentgeltliche Zuwendung an den auf entgeltliche Zuwendungen gerichteten Kauf- und Tauschvertrag angegliedert ist.

Leihe ist nach § 598 B. G. B. die vertragsmäßige unentgeltliche Ueberlassung einer Sache zum Gebrauch, und zwar nach § 603 nur zu dem vereinbarten Gebrauch. Soweit vor dem Jahre 1900 Unterschiede zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen gemacht wurden[1]), sind diese durch den klaren Wortlaut des Gesetzes beseitigt. Mag es auch nach dem Sprachgebrauch des Lebens fremd anmuten, vom Leihen eines Grundstückes zu reden, so ist dies doch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch möglich. Denn ein Grundstück mit einem darauf stehenden Hause ist ohne Zweifel eine Sache (§ 94 B. G. B.) und das Bewohnen eines Hauses ist ebenso unzweifelhaft ein Gebrauch des Hauses.

Das gegenwärtige Institut der Leihe ist aus dem römischen commodatum entstanden, d. h. dem Vertrag, der durch Hingabe einer beweglichen oder auch unbeweglichen Sache an einen anderen zu bestimmtem unentgeltlichen Gebrauch entsteht. Anders faßte die Leihe das deutsche Recht auf. Die sogenannten Leiheverhältnisse des alten deutschen Rechts waren nicht unentgeltlich, sondern stets mit irgend welchen Gegenleistungen, wie

---

[1]) z. B. erforderte das A. L. R. (I. 21. § 233) bei Grundstücken zur vollen Gültigkeit der Leihe die Schriftform.

Heeresfolge, Treue, Zins und dergl. verbunden. Außerdem waren sie durchweg dringlicher Natur und mit öffentlich rechtlichen Wirkungen ausgestaltet. Sie hatten also einen ganz anderen Charakter als das römische commodatum und der heutige Leihvertrag. Denn dieser geht auf das römische Recht zurück. Der § 598 B. G. B. bestimmt nämlich:

Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu überlassen.

Von dieser Begriffsbestimmung ist für die Feststellung des rechtlichen Charkters der Boden- und Raumleihe auszugehen.

2. Gegenstand der Leihe.

Nach dem § 598 B. G. B. ist Gegenstand der Leihe eine Sache. Was Sache ist, sagt der § 90 B. G. B.:

Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

a) Fällt nun unter den gesetzlichen Begriff der Sache der Boden im Sinne der Bodenleihe? Unter Boden wird man den Grund und Boden zu verstehen haben, also einen begrenzten Teil der Erdoberfläche. Hierbei kann die Bodenfläche selbst in Betracht kommen, z. B. zum Niederlegen von Baumaterial oder zum Aufstellen irgend welcher Geräte, oder die Bodenmasse, z. B. zum Einpflanzen von Pflanzen, zum Aussäen von Samen. Daß die Bodenmasse ein körperlicher Gegenstand, also Sache im Sinne des Gesetzes ist, kann nicht zweifelhaft sein. Anders steht es mit der Bodenfläche. Diese ist eigentlich nichts anderes als ein Begriff. Dieser Begriff ist aber nicht zu trennen von der Erdmasse. Da nun beide zusammen den Grund und Boden, d. h. das Grundstück, bilden, Grundstücke aber vom Gesetz als Sachen aufgefaßt werden, so kann man auch die Bodenfläche unbedenklich als Sache ansehen.

Die Bodenfläche kann somit Gegenstand der Leihe sein.

b) Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der Frage, ob ein Raum Sache ist und demnach Gegenstand der Leihe sein kann. Der Raum ist ein Begriff, also kein körperlicher Gegenstand, keine Sache im Sinne des Gesetzes. Die Wände, die ihn umschließen, der Zaun, das Gehege, die ihn gegen die Umwelt abgrenzen, sind Sachen. Die Luft, die ihn erfüllt, ist eine Sache, weil sie etwas Körperliches ist. Der Raum selbst ist aber keine Sache, er ist etwas Gedachtes, hat sein Dasein nur in unserer Verstellung. In diesem Sinne ist der Raum juristisch nicht er-

faßbar. Läßt sich aber der § 90 B. G. B. nicht doch auch auf den Raum entsprechend anwenden?

Durch den Ausdruck: „körperlicher Gegenstand“ im § 90 B. G. B. wird dem Richter eine Beschränkung auferlegt, weil hiernach alles Unkörperliche aus der Betrachtung ausscheidet. Verständlich wird letztens durch den Hinweis auf § 459 B. G. B., wonach beim Kauf und ähnlichen Geschäften (§§ 493, 365 B. G. B.) nur Sachmängel in Frage kommen, desgleichen im § 119 Abs. 2 bei der Anfechtung aus Irrtum über wesentlichen Eigenschaften der Sache, d. h. also nach § 90 eines körperlichen Gegenstandes. Ein Beispiel[1]) beleuchtet die Sachlage: Verkauft jemand ein Verfahren auf Herstellung von künstlichen Steinplatten und erweist sich das Rezept als unbrauchbar, so läßt sich weder § 119 Abs. 2 noch § 459 unmittelbar anwenden, denn das gekaufte Herstellungsverfahren ist kein körperlicher Gegenstand. Erst das Ergebnis des Verfahrens, seine Folgen, die hergestellten Steinplatten sind körperliche Gegenstände. Mithin fühlt sich die Rechtsprechung des Reichsgerichtes in solchen und ähnlichen Fällen außerordentlich beengt durch den einschränkenden Wortlaut der §§ 90, 119 Abs. 2 und 459. Das Reichsgericht mußte wohl oder übel zur Analogie, d. h. zur entsprechenden Anwendung einer der beiden letzten Vorschriften greifen. Gerade im § 119 Abs. 2 gelangt das Reichsgericht immer mehr dazu, in Uebereinstimmung mit der Rechtslehre unter Sache den weiteren Begriff „Erklärungsgegenstand“, also Rechte mit umschließend, zu verstehen.[2]) Wendet man diese vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze auf den Raumbegriff an, so kommt man zu dem Ergebnis, daß ein Raum eine Sache im Sinne des § 90 B. G. B. ist. Zu dieser entsprechenden Anwendung des Sachbegriffs auf den Begriff Raum ist man umsomehr berechtigt, als der Raum mit den ihn von der Umwelt abgrenzenden oder ihn ausfüllenden Sachen wirtschaftlich eine Einheit bildet und damit auch rechtlich. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Auffassung des Raumes als Sache ist auch die Verkehrsauffassung. Diese sieht aber im Raum eine Sache. Auf die Verkehrsauffassung wird auch der Jurist zurückgreifen müssen. Das Recht, sowohl die Rechtsprechung wie die Rechtslehre, würde seine Aufgabe falsch verstehen, wenn es die Auffassung des Verkehrs außer acht ließe. Rechtsprechung wie Rechtslehre haben die Rechtssätze dem Verkehr und seiner Ansicht anzupassen und sie insoweit

---

[1]) J. W. 1914 Seite 674

[2]) R. G. Band 103, Seite 22.

weiterzuentwickeln, nicht dagegen den Verkehr den Rechtssätzen unterzuordnen und ihn dadurch einzuzwängen.

Noch eine weitere Erwägung spricht dafür, den Sachbegriff des § 90 entsprechend auf Räume auszudehnen. Wie die vorstehenden Ausführungen ergeben, ist der Sachbegriff noch nicht genügend durchgebildet. Man wird daher im einzelnen Falle auf den Zusammenhang der rechtlichen Vorschriften zurückgreifen müssen, um die Grenzlinien scharf und sicher aufzufinden. Die Vorschrift des § 598 B. G. B. bietet in dieser Beziehung einen besonderen Anhaltspunkt nicht. Ebenso nicht die anderen Vorschriften der Leihe. Dafür ist ein Blick auf den verwandten Mietsvertrag geeignet, Klarheit zu verschaffen. Der § 580 B. G. B. bestimmt nun, daß

> die Vorschriften über die Miete an Grundstücken gelten auch für die Miete von Wohnräumen und anderen Räumen.

Dieser Heranziehung der Miete zum Vergleich und zur Feststellung, daß Räume als Sachen anzusehen seien, und deshalb Gegenstand der Leihe sein können, erscheint zunächst nicht ganz unbedenklich. Man könnte nämlich aus der Tatsache, daß für die Miete eine besondere Vorschrift nötig war, folgern, daß bei der Leihe, wo eine solche Vorschrift fehlt, das Gegenteil zu gelten habe. Diese Schlußfolgerung schließen aber Wesen und Zweck des § 580 B. G. B. aus. Nicht auf das Wort M i e t e, sondern auf das Wort G r u n d st ü ck ist im § 580 B. G. B. der Nachdruck zu legen. Die Wohnräume und andere Räume sollten hier nicht den Vorschriften über die Miete überhaupt, sondern denen über die Grundstücksmiete unterworfen werden. Daß die Miete sich auf solche Räume überhaupt erstreckt, wird im § 580 B. G. B. nicht festgestellt, sondern vorausgesetzt. Da der § 535 B. G. B. als Gegenstand der Miete S a ch e n bezeichnet und der § 580 B. G. B. die Wohnräume und andere Räume den Vorschriften über die G r u n d st ü ck s miete unterwirft, so folgt daraus, daß das Gesetz die Räume als S a ch e n betrachtet. Nun besteht aber kein Hindernis, dieses Ergebnis im Wege entsprechender Anwendung von der Miete als der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung auf die Leihe als die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung zu übertragen. Da bei der Miete im § 535 wie bei der Leihe im § 598 das Wort: Sache in entsprechender Weise Verwendung findet, so ist diese Analogie sogar der ausschlaggebende Beweisgrund. Auf die Analogie der Miete verweisen auch Oertmann [1]) und

---

[1]) Oertmann, Vorb. § 535, 1b und Vorb. vor 598, 1b.

Krückmann[1]), der der Ansicht ist, daß alles, was vermietet werden kann, auch verliehen werden kann.

Demnach ist die Leihe, soweit es sich um ihren Gegenstand handelt, an Grundstücken und Räumen möglich. Das haben auch verschiedene oberstrichterliche Entscheidungen festgestellt und auch das Schrifttum hat dies anerkannt. So haben Crome, Planck, Enneccerus[2]) die Leihe an unbeweglichen Sachen allgemein anerkannt. Als Beispiele führt Enneccerus[3]) an Leihe an einem Keller, an einem Platz zum Schuttabladen, an einem Platz im Wagenschauer. Alle diese Beispiele sind Beispiele von Boden- und Raumleihe. Was die höchstrichterlichen Entscheidungen betrifft, so hat das Oberlandesgericht Hamburg[4]) die unentgeltliche Einlagerung von Säcken auf einem Speicher als Leihe des Speichers, als commodatum loci betrachtet, wenn es sich hierbei nicht darum handelt, daß die Säcke in Obhut genommen werden, sondern nur darum, daß sie auf den Speicher lagern sollen. Es ist dies ein typischer Fall von Raumleihe. Desgleichen die Ueberlassung eines Stalles durch einen Gastwirt an seine Gäste zum Einstellen ihrer Pferde. Auch darin ist vom Oberlandesgericht Kolmar die Leihe eines Raumes erblickt worden.[5]) Als Gegenstand der Leihe sind ferner bezeichnet worden: vom Reichsgericht[6]) eine Wohnung, ein Haus, überhaupt jedes Grundstück, vom Oberlandesgericht Hamburg[7]) ein Grundstück, vom Oberverwaltungsgericht[8]) ein Haus, vom Oberlandesgericht Breslau[9]) eine Bodenfläche zur Anlegung einer elektrischen Kleinbahn, vom Oberlandesgericht Hamburg[10]) ein Laden, vom Oberlandesgericht Kolmar[11]) ein Haus.

Diese Entscheidungen sind zutreffend. Denn nach den obigen Ausführungen sind die in ihnen aufgeführten Gegen-

---

[1]) Krückmann, Institutionen § 12.

[2]) Crome, System § 246, Planck § 598, Anm. 1, Enneccerus I, 2 § 360 I.

[3]) Enneccerus I, 2 § 360, 1.

[4]) Seuff. Archiv, Band 37, Seite 419.

[5]) Urt. d. O. L. G. Kolmar II. Z. S. am 12. 6. 1911. II. N. 8./10. S. 522. Jur. Ztschr. für d. Reichsgeb. Elsaß-Lothringen 1911. Straßburg Nr. 147.

[6]) Gruchot Bd. 65, S. 717, Nr. 89; Sächs. Arch. Bd. 10, S. 246; R. G. E. Bd. 65, Seite 270.

[7]) Rspr. d. O. L. G. Band 22, Seite 291.

[8]) D. J. Z. 1904, Seite 511.

[9]) Rspr. d. O. L. G. Bd. 20, 1 halbj. Nr. 14.

[10]) Rspr. d. O. L. G. 1909, Seite 211.

[11]) Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen. 30. Jahrgang, 12. Heft, S. 637, Nr. 185.

stände der Leihe als Sachen im Sinne des § 598 B. G. B. anzusehen.

Die unentgeltliche Gebrauchsgestattung und Verhältnis zur Schenkung.

Nach § 598 B. G. B. wird der Verleiher durch den Leihvertrag verpflichtet, den Gebrauch der Sache dem Entleiher unentgeltlich zu gestatten. Es sind demnach die Begriffe: Gebrauch und Unentgeltlichkeit zu entwickeln und es wird zu prüfen sein, ob sich hiernach die Boden- und Raumleihe als eine Leihe nach § 598 darstellt oder ob sie ein anders gearteter Vertrag ist.

1. Da die Leihe als unentgeltliche Gebrauchsüberlassung ein Akt der Freigebigkeit ist, so drängt sich die Frage auf, ob die Boden- und Raumleihe nicht etwa eine Schenkung darstellt. Denn es leuchtet ohne weiteres ein, daß die unentgeltliche Ueberlassung eines Hauses oder eines Raumes zum Wohnen, eines Stalles zum Einstellen von Tieren, eines Ladens, einer Bodenfläche zur Niederlegung von Baumaterialien, eines Parkes zum Lustwandeln usw. sich von den Leihverträgen des täglichen Lebens, z. B. von der Verleihung eines Buches erheblich unterscheidet. In ihrem wirtschaftlichen Erfolge zum mindesten sieht die Verleihung von Räumen und Grundstücken einer Schenkung sehr ähnlich. Ein Buch z. B. ist in der Regel nicht dazu da, daß der Besitzer Einnahme erziele, indem er es zum Lesen weitergibt. Anders steht es mit einem Grundstück, mit einer Wohnung, einem Stalle. Diese Gegenstände sollen in der Regel dem Besitzer zu Einnahmen verhelfen, sei es, daß er ihren Gebrauch anderen überläßt, sei es, daß er sie selbst benutzt. Demnach ist die Prüfung der Frage, ob die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung solcher Gegenstände, d. h. also ob die Boden- und Raumleihe, eine Schenkung sein könne, unerläßlich. Erst, wenn diese Frage verneint wird, kann man die Boden- und Raumleihe als Leihe im Sinne des B. G. B. ansprechen.

a) Die Frage, inwieweit die unentgeltliche Ueberlassung einer Sache zum Gebrauch unter den Begriff der Schenkung fällt, hat schon Beachtung gefunden, solange die Schenkung in ihrer ausgebildeten Form besteht. Für die Ausbildung des Schenkungsbegriffs ist das ältere deutsche Recht ohne Einfluß gewesen, obwohl Brunner[1]) der Ansicht ist, daß es eine Schenkung bereits gekannt habe. Die Grundlagen für den

---

[1]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II, Seite 243f.

heutigen Schenkungsbegriff hat das römische Recht geschaffen. Dieses ging bei der Entwicklung der Rechtssätze der Schenkung von dem einfachsten und natürlichsten Schenkungsfalle aus, dem Handgeschenk. Aehnlich war ja die Entwicklung beim Kauf. Auch hier ging das römische Recht von dem einfachen Handkauf aus, um dann den Kreditkauf, die emptio venditio, mit seinen mannigfaltigen Rechtssätzen auszubilden. In gleicher Weise wurde von den römischen Juristen allmählich die Schenkung als obligatorisches Geschäft geschieden von ihrer Verwirklichung, der Erfüllung. Nachdem diese Scheidung vollzogen war, konnte die Schenkung der Erfüllung vorgehen, aber auch zeitlich mit ihr zusammenfallen. Nunmehr erst war die Möglichkeit gegeben, das Schenkungsgeschäft durch die verschiedensten Formen der Vermögenszuwendung zu verwirklichen. Wie weit das römische Recht auf diesem Wege gegangen ist, läßt sich schwer allgemein beantworten. Die dem Leben angepaßte Mannigfaltigkeit des Quellenstoffs bringt es mit sich, daß das Suchen nach einem einheitlichen Grundgedanken die verschiedensten Ergebnisse gezeitigt hat.[1]) Auf diese näher einzugehen, erübrigt sich. Ein Anwendungsfall der hier interessirenden Frage wird von den römischen Quellen unmittelbar beantwortet. In D 39, 5, 9 pr ist ausdrücklich gesagt: in aedibus alienis habitare gratis donatio videtur. Wir haben es hier also mit einem Falle der unentgeltlichen Raumüberlassung zu tun. Und diesen Fall ordnen die Quellen nicht der Leihe, dem commodatum, unter, sondern der Schenkung. Die unentgeltliche Ueberlassung einer Wohnung ist durch positive Bestimmung ausdrücklich als Schenkung charakterisiert.

b) Während das römische Recht die Schenkungsrechtssätze in mannigfaltiger Weise an den einzelnen Fällen entwickelte, legt das Bürgerliche Gesetzbuch seinem Schenkungsrecht einen allgemeinen Schenkungsbegriff zugrunde. Im römischen Recht galt es, aus den einzelnen positiven Vorschriften den allgemeinen leitenden Grundgedanken abzuleiten, heute gilt es, die Einzelfragen an dem allgemeinen Schenkungsbegriffe zu messen. Wann eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung als Schenkung aufzufassen ist, hängt jetzt davon ab, ob sie die gesetzlich festgelegten Begriffsmerkmale der Schenkung aufweist. Maßgebend für den Schenkungsbegriff ist der § 516 B. G. B. Dieser lautet:

> Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide

---

[1]) Vgl. Burckhard, zum Begriff der Schenkung 1899, Seite 76ff.

Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Die Schenkung kennzeichnet sich also durch zwei Merkmale:

1. es muß sich um eine Zuwendung handeln, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert,
2. die Vertragsparteien müssen über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sein.

Diese Begriffsbestimmung wird noch einschränkend ergänzt durch den § 517 B. G. B. Dieser bestimmt ausdrücklich, daß eine Schenkung nicht vorliegt, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterläßt. Diese Einschränkung ist eigentlich schon im § 516 enthalten. [1]) Denn die Unterlassung eines Vermögenserwerbs ist keine Verminderung des Vermögens, sondern ein Verzicht auf seine Vergrößerung, sie ist daher keine Zuwendung aus dem Vermögen.

Die Einigung über die Unentgeltlichkeit ist dasjenige Merkmal, das der Boden- und Raumleihevertrag mit der Schenkung gemeinsam hat. Fraglich ist nur, ob in der Ueberlassung des Gebrauchs von Boden und Raum eine Zuwendung im Sinne des § 516 B. G. B. zu sehen ist.

Nach § 516 handelt es sich um eine Zuwendung aus dem Vermögen. Das Zugewendete muß also ein Vermögensstück sein und dieses muß aus dem Vermögen des Schenkers in das Vermögen des Beschenkten übergehen. Demnach ist jetzt festzustellen, was man unter Vermögen im Sinne des Gesetzes zu verstehen hat. Dann erst läßt sich feststellen, ob die Ueberlassung von Raum und Boden die Zuwendung eines Vermögensstücks ist.

Der Begriff Vermögen ist verschieden, je nachdem man das Vermögen vom wirtschaftlichen oder vom rechtlichen Standpunkt aus betrachtet.

Im wirtschaftlichen Sinne versteht man darunter alle einer Person zustehenden wirtschaftlichen Güter. [2]) Wirtschaftliches Gut ist wieder alles, was wirtschaftliche Bedürfnisse zu befriedigen geeignet ist. Vom wirtschaftlichen Standpunkte ist daher Vermögen alles, was wirtschaftlich wertvoll ist oder künftig verwertet werden kann. Der wirtschaftliche Vermögensbegriff umfaßt daher auch die Erwerbsmöglichkeiten. Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß die Grenzen dieses Vermögensbegriffs flüssig sind. Das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne

---

[1]) Staudigner, § 517, Anm. 1; Oertmann, § 517, Anm. 1.
[2]) Schmoller, Allgem. Volksw. II, Seite 180.

ist daher für das Recht nicht verwendbar, weil es rechtlich nicht erfaßt werden kann. Das Recht kann nicht die bloße Aussicht auf zukünftige Verwertung, die bloße Aussicht auf zukünftigen Erwerb berücksichtigen. Aus diesem Gedanken heraus ist daher die Bestimmung des § 517 verständlich und gerechtfertigt, daß die Unterlassung des Vermögenserwerbs zum Vorteile eines anderen keine Schenkung, d. h. keine Vermögenszuwendung ist. Das Recht braucht eben etwas Greifbares, wenn es sich durchsetzen soll. Demnach ist der Begriff des Vermögens im Rechtssinne ein anderer. Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet diesen Begriff an verschiedenen Stellen. Außer in §§ 516, 517 kommt dieser Begriff z. B. noch vor in den §§ 311, 312, 419 B.G.B. Aber eine Begriffsbestimmung gibt auch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, es setzt den Begriff vielmehr als gegeben voraus. Die Begriffsbestimmung des Vermögens im Rechtssinne ist daher der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen geblieben. Beide haben das Vermögen als den Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person festgestellt.[1]) Der Unterschied zwischen dem Vermögen im wirtschaftlichen Sinne und dem Vermögen im Rechtssinne besteht somit darin, daß das letztere nur bereits erworbene Rechte umfaßt, das erstere auch Erwerbsmöglichkeiten.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß das Gesetz dort, wo es vom Vermögen spricht, darunter lediglich das Vermögen im Rechtssinne versteht. Nur dort, wo besondere zwingende Gründe eine andere Auffassung des Vermögens erfordern, wird man den wirtschaftlichen Vermögensbegriff einzustellen haben. Welches ist nun der Vermögensbegriff des § 516 B.G.B.? Es lassen sich keine besonderen Gründe dafür ins Feld führen, daß das Gesetz unter Vermögen ein solches im wirtschaftlichen Sinne verstanden wissen will. Aus der Entstehungsgeschichte des § 516 B.G.B. läßt sich vielmehr das Gegenteil entnehmen. In der zweiten Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch war nämlich beantragt worden: „wirtschaftliche Güter" zum Gegenstand der Schenkung zu machen; dieser Antrag ist abgelehnt worden.[2]) Demnach darf angenommen werden, daß die Vermögensverschiebung, die das Gesetz als Erfordernis der Schenkung aufstellt, sich auf den rechtlichen Vermögensbegriff bezieht.[3])

---

[1]) Vgl. Plank Vorb. 5 v. § 90, Dernburg Band I, Seite 49 Enneccerus I, § 124 Endemann, Lehrb. d. Bürg. Rechts Bd. 1 S. 229 ff, Cosack, Bd. I § 23.

[2]) Protokolle II, Seite 1.

[3]) Oertmann, § 516, Anm. 2.

Wie steht es nun mit der Ueberlassung einer Sache zu unentgeltlichem Gebrauch? Im Rahmen unserer Aufgabe ist die Frage dahin zu stellen: „Ist die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung eine Zuwendung aus dem Vermögen des Ueberlassenden, so daß dessen Vermögen vermietet und das Vermögen desjenigen, dem der Gebrauch überlassen wird, vermehrt wird?“ Oder was dasselbe ist: „Ist der Gebrauch einer Sache ein Vermögensstück, das durch Ueberlassung aus dem Vermögen des einen in das Vermögen des anderen übergeht?“

Will man diese Frage beantworten, so darf man nicht unterlassen, den rechtlichen Charakter der dem anderen Teile durch die Gebrauchsüberlassung zugeführten Befugnisse zu prüfen.

Dernburg und andere[1]) sehen anscheinend die verlorenen Geldeinnahmen beziehungsweise die ersparte Geldausgabe als Gegenstand der bei der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung anzunehmenden Schenkung an. Folgerichtig wirft Dernburg die Frage auf, ob denn nicht die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Mietwohnung lediglich einen Verzicht auf künftigen Erwerb enthalte. Das schließt ja nach § 517 B.G.B. die Annahmen einer Schenkung aus. Aber Dernburg verneint diese Frage. Denn das Gesetz wolle von der Schenkung nur den Verzicht auf neuen Zuwachs ausschließen, nicht aber den Verzicht auf den Ertrag des bereits erworbenen Vermögens. Aber dieser Unterscheidung des Ertrages bereits erworbenen Vermögens vom neuen Zuwachs liegt der wirtschaftliche Vermögensbegriff zugrunde. Denn auf den Ertrag, d. h. den Mietzins, hatte der Ueberlassende kein Recht. Für das Recht ist aber der Ertrag, solange er nicht durch Begründung eines Rechts auf seinen Bezug in die Rechtswelt eingeführt ist, ebensowenig im Vermögen vorhanden wie der neue Zuwachs. Die Begründung eines solchen Bezugsrechts muß rechtlich als neuer Zuwachs angesehen werden. Daher führt die Dernburg'sche Auffassung dazu, in der unentgeltlichen Wohnungsüberlassung und ähnlichen Verträgen, d. h. also in den Boden- und Raumleiheverträgen einen Verzicht auf künftigen Erwerb zu sehen und somit die Annahme einer Schenkung abzulehnen.

Anders begründet die Schenkungsnatur der Verträge auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung Oertmann.[1]) Nach seiner Ansicht wird die Nutzung eines schon vorhandenen Vermögens-

---

[1]) Dernburg, Bürgerliches Recht II,2 § 205; Schollmeyer Seite 76 f; Schlie Seite 23 f; Windscheid, Pand § 365.

[1]) Oertmann, § 517, Anm. 3.

stücks überlassen und deshalb liege kein Verzicht auf einen künftigen Erwerb vor. Oertmann scheint somit in dem zum Gebrauch überlassenen Gegenstande selbst den Schenkungsgegenstand zu sehen. Denn er fährt fort: „ich vermindere also insofern mein Vermögen und bereichere zugleich den Anderen, wenn auch nicht zum vollen Betrage, sondern wenigstens, indem er dadurch anderweite Ausgaben spart. Diese Auffassung steht aber im Widerspruch mit dem Begriff. den das Recht mit dem Worte Schenkung verbindet. Zur Schenkung gehört nämlich, daß die Vermögensverschiebung entgültig ist. Zwar schweigt das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner Umgrenzung des Schenkungsbegriffs über diesen Punkt. Doch ist dieses Schweigen dahin auszulegen, daß es die Entgeltlichkeit der Vermögensverschiebung als selbstverständlich voraussetzt, weil sie von dem Begriff der Schenkung nicht zu trennen ist. Bei der Gebrauchsüberlassung wird aber der Gegenstand selbst nicht entgültig überlassen, er tritt nicht aus dem Vermögen des Ueberlassenden hinaus und nicht in das Vermögen des Nehmenden hinein. Er braucht sogar nicht einmal dem Gebenden zu gehören.

Cosack[1]) unterscheidet zwischen der für eine bestimmte Zeit unwiderruflichen und der beliebig widerruflichen Ueberlassung des Gebrauchs. Die erstere soll Schenkung sein, die zweite nicht. Diese Unterscheidung leuchtet nicht ein. Auch bei der beliebig widerruflichen Ueberlassung handelt es sich nicht um Ablehnung eines künftigen Erwerbs.

Die angeführten Versuche Dernburgs, Oertmanns und Cosacks, den Vertrag auf unentgeltliche Ueberlassung von Räumen als Schenkung zu konstruieren, sind deshalb verfehlt, weil sie nicht auf die Grundfrage eingehen, was eigentlich Gegenstand der Schenkung sein kann, d. h. was aus dem Vermögen des einen in das Vermögen des anderen übergehen kann. Von den gleichen unrichtigen Voraussetzungen geht das Reichsgericht in seinem Urteil vom 5. März 1900 aus.[2]) Der zur Beurteilung vorgelegte Fall lag so:

Ein Vater hatte seine verwitwete Tochter zu sich genommen und ihr in seinem Hause unentgeltlich Räume zum Wohnen zur Verfügung gestellt. Später wollte er seiner Tochter den Mietzins für die Wohnung in Anrechnung bringen. Für den Fall, daß in der unentgeltlichen Ueberlassung der Wohnung eine Schenkung gesehen werden sollte, widerrief er sie wegen groben

---

[1]) Cosack, Bürg. Recht, § 136, I.

[2]) RG. Sächs. Arch. 10. Seite 246. Art. v. 5. 3. 1900.

Undanks. Das Berufungsgericht sah in der unentgeltlichen Ueberlassung der Wohnung keine Schenkung, sondern eine auf beliebigen Widerruf gestellten Gebrauchsleihe. Das Reichsgericht beanstandete die Auffassung des Berufungsgerichts nicht. Daß eine Schenkung nicht vorliege, begründete es in folgender Weise:

„Eine Schenkung in diesem Sinne kann auch bei der unentgeltlichen Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache vorliegen, wenn diese Sache nach den Verhältnissen des Falles dazu bestimmt war, gegen Entgelt andern überlassen zu werden und dadurch dem Eigentümer bürgerliche Früchte zu bringen. Allein auch in einem solchen Falle entfällt die Annahme einer Schenkung, wenn der Eigentümer die an sich zu einer Verwertung der bezeichneten Art bestimmte Sache, weil er zu einer seinen Wünschen entsprechenden entgeltlichen Verwertung keine Gelegenheit hat, einen anderen zum unentgeltlichen Gebrauch solange überläßt, bis sich Gelegenheit entgeltlicher Verwertung findet; denn es fehlt dann an einer Vermögensverminderung dessen, der den unentgeltlichen Gebrauch gestattet, er hat nicht weniger, als er ohne diese Ueberlassung haben würde.“ Mit Dernburg[1]) verkennt aber das Reichsgericht in dieser Entscheidung, daß es sich nicht um die verlorenen Geldeinnahmen oder ersparte Geldausgaben handelt, sondern um die Ueberlassung des Gebrauchs. Es hätte also prüfen müssen, ob d i e s e U e b e r l a s s u n g, nicht aber ob die verlorene Geldeinnahme, ein Vermögensstück ist und deshalb Gegenstand der Schenkung sein kann. Es legt daher der Schenkung den wirtschaftlichen und nicht den rechtlichen Vermögensbegriff zugrunde. Und das ist nicht richtig.

Gehört nun der Gebrauch einer Sache zum Vermögen, sodaß sich durch seine Ueberlassung an einen anderen das Vermögen des Ueberlassenden vermindert und das Vermögen des anderen vermehrt?

Wie bereits ausgeführt ist, sind Vermögen im Rechtssinne die in Geld abschätzbaren Rechte. Der Gebrauch ist aber kein Recht, sondern etwas Tatsächliches. Ist derjenige, der die Sache einem anderen zum Gebrauch überläßt, Eigentümer der Sache, so ist der Gebrauch ein Ausfluß seines Eigentums. Letzteres ist ein Recht, nicht aber der Gebrauch als sein Ausfluß. Demnach ist das Eigentum ein Vermögensstück. Dieses wird aber

---

[1]) Vgl. Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. II, V. Auflage, § 161 unter 4 Seite 435; siehe auch Förster-Eccius a.a.O. Seite 17 bei und in Note 13, Savigny a.a.O. Seite 27 und 32 flg.

nicht dem anderen überlassen. Die Ueberlassung zum Gebrauch ist somit keine Zuwendung **aus** dem Vermögen. Ist derjenige, der die Sache einem anderen zum Gebrauch überläßt, dagegen nicht der Eigentümer, sondern z. B. Mieter, Pächter, Entleiher usw., so ist der Gebrauch wiederum nicht das Recht, das der Mieter, Pächter, Entleiher auf Grund des Schuldverhältnisses hat, sondern wiederum nur der Ausfluß dieses Rechts. Dieses Miet-, Pacht-, Leihrecht ist ein Vermögensstück, wenn es Geldwert hat, und kann geschenkt werden. Nicht aber der Gebrauch als Ausfluß dieses Rechts. Man hüte sich davor, den Gebrauch mit dem Gebrauchs**recht** zu verwechseln. Das Gebrauchsrecht ist ein Teil des Eigentumsrechts oder des Mietrechts. Aber das Gebrauchs**recht** ist nicht Gegenstand der Leihe, sondern der **Gebrauch**. Das Gebrauchsrecht kann Gegenstand der Schenkung sein, nicht dagegen der Gebrauch. Denn es ist ein in Geld schätzbares **Recht**, also ein Vermögensstück. Nicht so beim Gebrauch, da dieser kein **Recht** ist. Er kann wohl Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sein, man kann wohl ein Recht auf den Gebrauch erlangen, wie bei Miete und Leihe, er selbst ist aber kein Recht, also auch kein Vermögensstück.

Damit ist der Schlüssel für die Unterordnung einer Gebrauchsüberlassung unter Schenkung oder Leihe gefunden. Bei der Gebrauchsüberlassung wird von dem Ueberlassenden auf den Erwerber weder **endgültig** die Sache übertragen, noch eine Geldeinnahme, noch das Gebrauchsrecht. Der Vertrag, durch den jemanden die Benutzung von Räumen überlassen wird, ist somit keine Schenkung, sondern lediglich eine Leihe. Was von den Räumen gilt, gilt ebenso für die Ueberlassung des Bodens, d. h. eines unbebauten Grundstückes.

Nach § 598 B.G.B. wird durch den Leihvertrag der **Gebrauch** der Sache gestattet. Worin besteht nun der Gebrauch bei der Raum- und Bodenleihe? Eine umfassende, allgemein gültige Bestimmung ist selbstverständlich nicht zu gehen. Es kann sich nur um Beispiele handeln, die zeigen, worin der Gebrauch bestehen kann.

Bei der Bodenleihe führt Staudinger[1]) den Fall an, daß jemand ein Grundstück oder einen Grundstücksteil zur Aufstellung von Schaubuden und dergl. bei einer Festlichkeit benutzt. Das Abladen von Schutt auf einem Grundstück, ebenso das Lustwandeln in einem Park[2]) sind weiter Beispiele für den Gebrauch eines Grundstücks, nicht minder das Gehen, Fahren,

---

[1]) Staudinger, § 598, Anm. 2a.
[2]) Enneccerus I, 2 § 360.1.

Reiten über ein Grundstück. Das Bewohnen eines Hauses oder Hausteiles, die Einstellung von Tieren in Ställe, von Wagen in Wagenremisen sind Beispiele des Gebrauchs von Räumen. Beispiele anderer Art für den Gebrauch von Räumen und Grundstücken bietet das Schrifttum und die Rechtsprechung in Fülle.[1])

Der Gebrauch im Sinne des § 598 ist aber kein Verbrauch. Der gestattete Gebrauch darf somit nicht zum Verbrauch führen. Ist dies der Fall, dann liegt keine Leihe vor. Gestattet jemand einem anderen den Gebrauch eines Steinbruchs, so soll sich dieser andere nicht bloß den Steinbruch ansehen oder in ihm Siesta abhalten dürfen, sondern die Steine brechen und für sich verwenden dürfen. Dann ist aber kein bloßer Gebrauch gegeben. Es liegt vielmehr darin die Uebertragung des Eigentums an den gebrochenen Steinen. Das Geschäft ist somit keine Leihe, sondern Schenkung der Steine, wenn diese unentgeltlich, Kauf, wenn sie gegen Entgelt gebrochen werden dürfen.

Eine besondere Art des Gebrauchs von Boden hat die Kleingartenordnung vom 31. Juli 1919 Abs. 3 § eingeführt. Sie spricht in dem § 3 von Leihe eines Gartens oder einer sonstigen nicht bebauten Bodenfläche zur gärtnerischen und landwirtschaftlichen Bebauung. Die Kleingartenordnung knüpft hier an die in der letzten Zeit beobachtete Entwicklung der sozialen Fürsorge für wirtschaftlich schwächere Bevölkerung. Es kommt häufig vor, daß von seiten der Städte oder von privaten auf Grund ortsstatutarischer Bestimmungen der Städte Gärten oder sonstige Grundstücke an die ärmere Bevölkerung unentgeltlich zur gärtnerischen oder landwirtschaftlichen Bebauung überlassen werden. Es ist selbstverständlich, daß derjenige, dem ein Garten oder Feld zu diesem Zwecke überlassen ist, nicht allein die Arbeitsleistung und die Kosten der Bearbeitung und Bebauung tragen soll, um sich bloß an dem Wachstum der Pflanze zu erfreuen und sich in dem Garten oder auf dem Felde aufzuhalten, während der Ueberlassende die

---

[1]) Vgl. Oertmann Vorb. 16 vor § 598 und Verb. 1.b vor § 535, Dernburg, Bürg. Recht Band 3, § 230; Matthias § 120; Planck Vorb. vor § 598; Zabel, Seite 15/16, R.G. Band 65, Seite 270 ff; R.G. in Gruchot, Band 65, Seite 717, Nr. 89; Sächs. Arch. 10, Seite 246; Seuff. Arch. Band 37, Seite 419, Nr. 305; R.d.O.L.G. Band 9 (1904, 2. Halbjahr), Nr. 93; Band 13, Seite 33, Band 20, Seite 224, S. 210, Band 22, Seite 291; D.J.Z. 1904, Seite 511; Zeitschrift für die Reichslande Elsaß-Lothringen 36. Jahrgang 1911 Nr. 147; Hanseatische Gerichtszeitung, 32. Jahrgang, Nr. 96—97, Seite 156; Kiesow S. 39; Rathey diss. 1915, Schlie S. 18.

Früchte zieht, sondern daß er auch die Früchte ziehen soll. Das letztere kann besonders vereinbart werden. Aber auch dann, wenn eine besondere Vereinbarung nicht getroffen ist, ist aus den oben entwickelten Gründen davon auszugehen, daß dem Entleiher auch die Fruchtziehung und der Genuß der Früchte zusteht, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind. Auf diesem Standpunkt steht ja auch die Kleingartenordnung. Es fragt sich nun, ob man hier noch von Leihe im Sinne des § 598 B.G.B. sprechen kann. Was Gebrauch ist, hat § 598 nicht bestimmt. Das Gesetz setzt den Begriff vielmehr als bekannt und gegeben voraus. Es verwendet diesen Begriff auch in dem § 100 B.G.B. Der § 100 sagt, was man unter Nutzungen zu verstehen hat. Nach ihm gehören zu den Nutzungen einmal die Früchte einer Sache oder eines Rechts, sodann die Vorteile, die der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Hier wird also unterschieden zwischen den Früchten und den Gebrauchsvorteilen im allgemeinen und beide unter den umfassenderen Begriff der Nutzungen gestellt. Aus dem Wortlaut des Gesetzes erhellt somit, daß Gebrauch nicht gleichbedeutend ist mit den Vorteilen, die er gewährt, mithin auch nicht mit den Früchten, die als seine Folge gezogen werden. Hiernach geht die Fruchtziehung über den Gebrauch hinaus. Enneccerus[1]) hat also Recht, wenn er die Fruchtziehung dem Entleiher nur gestattet, falls es vereinbart wurde. Wenn nun eine Vereinbarung derart getroffen ist oder in der Ueberlassung einer Sache stillschweigend enthalten ist, wie das bei der unentgeltlichen Ueberlassung auf Grund der Kleingartenordnung der Fall ist, so fragt es sich, ob hier ein einheitlicher Leihvertrag vorliegt oder zwei Verträge, nämlich eine Leihe der Sache und Schenkung der Früchte. Das ist insofern von Wichtigkeit, als dann der Vertrag nach § 518 B.G.B., soweit Schenkung in Frage kommt, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, um wirksam zu sein. Denn es handelt sich bei einem solchen Vertrage nicht um Barschenkung, weil ja die noch garnicht vorhandenen Früchte nicht übergeben werden, sondern weil es sich um Gestattung der Fruchtziehung handelt (596, B.G.B.). Auch das Rückforderungsrecht ist bei der Schenkung anders geregelt und an besondere Voraussetzungen geknüpft (§§ 528, 530 B.G.B.) als bei der Leihe (§§ 604, 605 B.G.B.).

Aber die Annahme zweier Verträge, einer Leihe, soweit es sich um die Bebauung des Ackers handelt, und einer Schenkung,

---

[1]) Enneccerus I, 2 § 360,3.

soweit es sich um die Ueberlassung der Früchte handelt, würde zwar der Begriff und Konstruktionsjurisprudenz alle Ehre machen. Der Auffassung des Lebens jedoch würde die Annahme zweier Verträge nicht entsprechen. Der Rechtsverkehr verlangt einfache und nicht verwickelte Rechtsformen. Das Leben ist nicht um des Rechtes willen da, sondern umgekehrt das Recht um des Lebens willen. Man hat also nur einen einheitlichen Leihvertrag anzunehmen, insbesondere da die Arbeit als Produktionsfaktor überwiegt und der Begriff der Nutzung demnach entfällt. Auch Enneccerus[1]) sieht in dem Vertrage, durch den nicht allein der Gebrauch, sondern auch die Fruchtziehung einem anderen überlassen wird, einen Leihvertrag. Denn sonst könnte er nicht von Fruchtziehung durch den Entleiher sprechen.[2]) Dem bestimmten und klaren Wortlaut des § 2 der Kleingartenordnung gegenüber versagt die Annahme zweier Verträge. Hiernach fällt im Rahmen der Kleingartenordnung die Fruchtziehung unter den Gebrauch im Sinne des § 598 B.G.B.

Wir kommen daher zu dem Ergebnisse:

„Der Vertrag, der die Ueberlassung von Räumen und Grundstücken zu unentgeltlichem Gebrauch zum Gegenstand hat, d. h. die Boden- und Raumleihe ist ein Leihvertrag nach § 598 B.G.B. Im Tatbestande dieses Vertrages treffen nicht etwa Leihe und Schenkung zusammen."

Das Verhältnis der Boden- und Raumleihe zum Gefälligkeitsvertrage.

Ich gestatte meinem Nachbar, während eines Baues Baumaterialien auf meinem Grundstück vorübergehend zu lagern oder mein Grundstück zur Aufstellung des Baugerüstes zu benutzen. Oder ich gestatte, daß die aus dem brennenden Nachbarhause geretteten Möbel auf meinem Hofe untergebracht werden. Oder der Besitzer eines Parkes gestattet jedermann die Benutzung des Parkes zur Erholung. Solche und ähnliche Verträge kommen häufig vor. Es überläßt also jemand einem anderen aus Gefälligkeit oder aus persönlicher Rücksicht den vorübergehenden Gebrauch der Sache. Liegt in solchen Fällen eine Leihe vor oder nicht? Von vornherein sei darauf hingewiesen, daß diese Fälle nicht bloß bei den angeführten Beispielen, die einen Raum oder die Bodenfläche zum Gegenstand

---

[1]) Enneccerus a.a.O.

[2]) Enneccerus I,2 § 360,3.

des Gebrauchs haben, vorkommen, sondern auch sonst, z. B. ich überlasse meinem Nachbar im Theater mein Opernglas zur Benutzung. Sie sind also keine Besonderheit der sog. Boden- und Raumleihe, kommen aber wohl am häufigsten bei dieser vor. Anscheinend widersprechen die angeführten Fälle der Bestimmung des § 598 B.G.B. Denn hiernach ist die Leihe ein obligatorischer Vertrag. Denn durch den Vertrag wird der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten. In den angeführten Fällen wird vielfach von einem Gefälligkeitsvertrag gesprochen, der von der Leihe verschieden sein soll.[1]) Das ist nicht richtig. Denn die Leihe ist wie der Auftrag, weil unentgeltlich, ein rechtlich geregelter Gefälligkeitsvertrag. Da nun Leihe und Auftrag Verpflichtungen begründen, so erhellt daraus, daß ein Gefälligkeitsvertrag dann vorliegt, wenn der Wille vorhanden ist, sich rechtlich zu verpflichten.[2]) Was man aber im allgemeinen als Gefälligkeitsvertrag bezeichnet, ist darum etwas anderes und hat mit dem verpflichtenden Gefälligkeitsvertrag nichts zu tun. Man meint darunter eine aus Gefälligkeit erfolgende Gestattung oder Zusage, also Erklärungen gesellschaftlicher Natur, die ohne Verpflichtungswillen abgegeben werden. Es handelt sich hier um Gestattungen und Zusagen, die die gestatteten Handlungen zu gerechtfertigten machen, aber der verpflichtenden Wirkung für den einen oder anderen Teil entbehren. In dieser Weise grenzt das Reichgsericht[3]) in völlig zutreffender Weise die reinen gesellschaftlichen Gefälligkeiten von den Gefälligkeitsverträgen ab. Viel zu weit geht Krückmann[4]), der in jeder gesellschaftlichen Gefälligkeit eine Leihe, also einen Gefälligkeitsvertrag erblickt. Die verschiedenen Fälle der Boden- und Raumleihe können der verbindliche Gefälligkeitsvertrag der Leihe sein, sie können aber auch eine reine, d. h. unverbindliche Gefälligkeit sein, die in gesellschaftlicher oder persönlicher Rücksicht ihre Wurzel hat. Ob das eine oder das andere vorliegt, kann nur die Prüfung des einzelnen konkreten Falles ergeben.

---

[1]) Vgl. v. Blume im Recht 1908, S. 649 ff.
[2]) So richtig R.G. Band 65, Seite 17 ff.
[3]) R.G. Band 65, Seite 17 ff.
[4]) Iher Jahrbuch, Band 54, Seite 107.

Besonderheiten der Rechtsverhältnisse bei der Boden- und Raumleihe.

1. Der Vertragsschluß:

Nach der herrschenden Ansicht[1]) ist die Leihe im Bürgerlichen Gesetzbuch ein Realvertrag. Man muß der herrschenden Ansicht auch beipflichten. Die rechtliche Natur als Realvertrag geht aus § 598 B.G.B. deutlich hervor. Der Verleiher ist nämlich verpflichtet, den Gebrauch der Sache zu gestatten. Es ist nicht wie im § 535 gesagt, daß der Verleiher den Gebrauch zu gewähren, d. h. zu bewirken hat, daß die Sache zum Gebrauch bereit steht. Das Gewähren schließt in sich ein positives Tun. Das Gestatten dagegen bedeutet nichts anderes als „am Gebrauch nicht hindern".[2]) Eine Verpflichtung zu einem Tun, etwa zur Hingabe der Sache, enthält also § 598 nicht. Wenn aber das Gesetz vorschreibt, daß der Verleiher den Entleiher am Gebrauch nicht hindern soll, so setzt es voraus, daß der Entleiher überhaupt in der Lage ist, die Sache zu gebrauchen, d. h. daß er sie bereits hat. Auch die Rückgabepflicht nach § 604 ist nur dann verständlich, wenn der Verpflichtete bei Entstehung der Verpflichtung, d. h. bei Abschluß des Vertrages, die Sache schon hat.[3])

a) Bei der Raumleihe bietet diese rechtliche Natur der Leihe als Realvertrag keine Schwierigkeiten. Entweder hatte der Entleiher schon vor Abschluß des Vertrages den Besitz an dem Raum, oder er wurde ihm beim Vertrage vom Verleiher übergeben. Denn auch dieser Fall fällt unter den Realvertrag.

b) Anders steht die Sache bei der Bodenleihe. Auch hier kann es Fälle geben, wo das Grundstück oder der Platz dem Entleiher vom Verleiher übergeben oder überlassen wird. Z. B. wenn der A dem B die Lagerung von Baumaterialien auf seinem Hofe gestattet. Der Fall kann aber auch anders liegen; z. B. wenn der Grundeigentümer einem einzelnen oder dem Publikum die Benutzung eines Weges oder seines Parkes überläßt. Da die Leihe ein Realvertrag ist, muß auch hier der Weg oder Park bereits übergeben sein oder wenigstens gleichzeitig

---

[1]) Vgl. Planck, Vorb. I, vor § 598, Staudinger, Vorb. 2a vor § 598, Oertmann Vorb. 2 vor § 598, Warneyer § 598 I, Goldmann-Lilienthal § 165 I,4; Enneccerus I,2 § 360,2; Dernburg, Bürg. R. § 230,II; Crome § 246 A.6; Endemann § 183 A,1; Schollmeyer S.83,a; M. Windscheid-Kipp Pand. § 374, Meißner § 598 A,4.

[2]) Planck, § 598 A,5; Staudinger § 598 A,7; Oertmann Anm. 1b zu § 598, Goldmann-Lilienthal § 165 I,2, Warneyer § 598 II.

[3]) Oertmann, Vorb. vor § 598.

übergeben werden. Uebergabe ist gleichbedeutend mit Besitzverschaffung. Der Weg, der Park wurden aber dem Entleiher gar nicht übergeben. Es wird ihm nur gestattet, den Weg zu benutzen. In dieser Weise wird sich doch das Geschäft abwickeln. Man könnte versucht sein, in einem solchen Geschäft einen Leihevorvertrag zu sehen, verbunden mit dem Antrag des Verleihers zum späteren Abschluß des eigentlichen Leihvertrages, dessen Annahme durch Begehen des Weges oder Betreten des Parkes erfolgt. Durch jedesmalige Benutzung des Weges oder durch jedesmalige Betreten des Parkes würde dann immer von neuem ein Leihgeschäft geschlossen. Eine Vielheit von Leihverträgen auf Grund des einen Vorvertrages anzunehmen, erscheint jedoch bedenklich. Zum mindesten ist eine solche Konstruktion gekünstelt. Sie ist aber auch unnötig. Wer einem anderen gestattet, einen Weg zu benutzen oder einen Park zu betreten, verschafft ihm dadurch die Möglichkeit, jederzeit die tatsächliche Herrschaft dadurch auszuüben, daß er den Weg oder den Park betritt. Bei Grundstücken ist zur Uebergabe weder ein Betreten noch ein Besichtigen des Grundstücks erforderlich, es genügt die Erklärung des Vorbesitzers, daß er das Grundstück zur Verfügung des Erwerbers stellt. Diese Erklärung ist aber in der Gestattung der Wegbenutzung enthalten. Damit ist also der Weg oder der Park dem Berechtigten übergeben, und zwar entweder zu alleinigem Besitz, wenn sich nach dem Inhalt des Geschäfts der Verleiher von da ab jeder weiteren Besitzausübung enthält, oder zu Mitbesitz (866 B.G.B.), wenn ihm die Mitbenutzung des Weges und Parks zustehen soll.

Bei der Bodenleihe gibt es demnach Fälle, wo der Leihvertrag abgeschlossen wird, ohne daß der Entleiher die Sache innehat.

c) Vorhin ist als Beispiel angeführt worden, daß der Grundeigentümer dem Publikum die Benutzung eines Weges oder Parkes gestattet. Man findet oft am Eingang eines Parkes eine Tafel mit der Aufschrift: „Parkeintritt gestattet“, oder an Privatwegen die Aufschrift: „Benutzung den Fußgängern erlaubt“, oder an unbebautem Oedland die Nachricht: „Hier kann Schutt abgeladen werden“. Wann wird in solchen Fällen der Vertrag abgeschlossen? Liegt in solchen Mitteilungen an das Publikum eine Offerte an jedermann? Es ist zweifelhaft, ob Offerten an unbestimmte Personen Offertnatur haben.[1]) Im allgemeinen wird angenommen, daß Ueber-

[1]) Vgl. dazu Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 315.

sendung von Preislisten, Annoncieren in Zeitungen mit Preisangabe, Auslagen im Schaufenster nur Aufforderungen zur Abgabe von Offerten seien. Man sagt vielfach, daß in solchen Fällen der Kaufmann nur Offerten aus dem Publikum sammeln und seiner eigenen Entschließung vorbehalten will, welche von diesen Offerten er annimmt. Man erklärt, daß man eine bestimmte Sache aus dem Schaufenster eines Kaufmanns nicht verlangen könne. Zur Herausgabe von Waren aus der Schaufensterauslage könne der Kaufmann vielmehr nur dann angehalten werden können, wenn er von den Waren nichts mehr am Lager habe oder das Lager geräumt sei und er trotzdem dem Publikum gegenüber durch die Schaufensterauslage behaupte, er besitze und verkaufe solche Ware. Wenn man aber auf dem Standpunkt steht, daß die Schaufensterauslage nur eine Einladung zur Offerte enthalte, dann erscheint mir diese Entscheidung, die trotzdem den Kaufmann zur Herausgabe der Ware aus der Auslage zwingen will, in sich widerspruchsvoll. Denn die Offerte wird doch alsdann vom Käufer gemacht und der Kaufmann kann doch nicht gezwungen werden, eine Offerte anzunehmen. Es kann hierbei keinen Unterschied machen,ob die Ware in der Auslage sein einziges Stück sei oder nicht. Vielmehr müßte man doch annehmen, daß der Kaufmann zur Hergabe von Waren der ausgelegten Art verpflichtet sei, wenn er solche noch in genügender Menge habe. Man kann doch nicht verlangen, daß er seine Schaufensterauslage zerstöre. Zuzugeben ist, daß es Fälle geben kann, wo die Offerte an das Publikum keine Offertnatur hat. Im allgemeinen wird man aber mit Manigk[1]) davon ausgehen können, daß Offerten an das Publikum die Offertnatur nicht fehlt. Der Manigk'schen Auffassung scheint man sich auch in der letzten Zeit mehr und mehr angepaßt zu haben.[2]) Hiernach wird man unter oben erwähnten Fällen: Parkeintritt gestattet, Schuttabladen erlaubt usw." annehmen können, daß der Leihvertrag durch Offerte an jedermann und deren Annahme durch Beginn des Gebrauchs, also durch Betreten des Weges oder Parkes, durch Auffahren des Schutts auf das Oedland usw. abgeschlossen ist.[3])

---

[1]) Willenserklärung und Willensgeschäft § 58 Abs. 4. S. 316/317. Abs. 7, S. 318.

[2]) So Planck § 145 A, 2, Enneccerus I, 2 § 360, Note 1.

[3]) Ebenso Enneccerus a. a. O.

Beendigung und Rückforderung bei der Boden- und Raumleihe.

1. Nach § 604 B. G. B. ist der Entleiher verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben. Wann die Leihe beendigt ist, bestimmt sich nach den §§ 604, 605. Die Beendigung tritt jedenfalls dann ein, wenn die im Vertrage festgesetzte Zeit verstrichen ist. War aber eine bestimmte Zeit nicht verabredet, so ist die Sache zurückzugeben, nachdem der Entleiher den sich aus dem Zweck der Leihe ergebenden Gebrauch gemacht hat oder doch in der verstrichenen Zeit hätte machen können. Nur wenn auch aus dem Zweck der Leihe nichts zu entnehmen ist, steht der Zeitpunkt der Rückforderung in ganz freiem Belieben des Verleihers. Bis zu einem gewissen Grade wird der Zweck der Ueberlassung einen Anhaltspunkt für die Beendigung der Leihe geben. Man denke z. B. an den Fall, daß ein Gastwirt seinen Stall den Gästen zum Einstellen von Pferden, seine Wagenremise zum Einstellen von Wagen unentgeltlich überläßt. Hier ist die Beendigung der Leihe leicht festzustellen. Jedoch wird der Fall nicht immer so einfach bei der Boden- und Raumleihe liegen. Schwieriger ist es schon, den Zeitpunkt der Beendigung in dem Falle festzustellen, daß eine Wohnung geliehen ist. Wann hat hier der Entleiher den Gebrauch gemacht, der sich aus dem Zwecke der Leihe ergibt? (§ 604, Abs. 2 B. G. B.) Und ist die Dauer der Leihe aus dem Zwecke nicht zu entnehmen, darf der Verleiher in diesem Falle die Wohnung jederzeit zurückfordern (§ 604, Abs. 3 B. G. B.)? Der Zweck der Leihe ist in diesem Falle doch der, dem anderen eine Wohnung zu überlassen, ohne daß ihm Ausgaben erwachsen. Daraus folgt, daß der Verleiher nicht berechtigt sein kann, die Wohnung gleich nach dem Einzuge des Entleihers zurückzufordern. Denn sonst hätte der Entleiher mehr Schaden als Nutzen. Er hätte z. B. die Umzugskosten und die Nachteile, die ihm daraus erwüchsen, daß er nicht alsbald eine neue Wohnung fände. Nachdem er jedoch längere Zeit den Vorteil des unentgeltlichen Wohnens genossen hat, ergibt sich für die Dauer der Leihe und den Zeitpunkt der Beendigung nichts. Demnach greift nun das Belieben des Verleihers nach § 604 Abs. 3 platz, wenn nicht besondere Umstände etwas anderes rechtfertigen. Es ist nicht zu verkennen, daß darin eine große Härte liegen kann. Man muß aber andererseits bedenken, daß der Verleiher von dem Geschäft keinen Vorteil hat, während der Entleiher aus dem Rechtsgeschäft lediglich Vorteile erlangt. Es besteht auch keine allgemeine Verpflichtung, die

Ausübung eines Rechts oder die Verfolgung eines Interesses zu unterlassen, wenn sie einem anderen zum Schaden gereicht, und das eigene berechtigte Interesse dem Interesse des anderen nachzusetzen. Endlich ist noch zu erwähnen, daß die erwähnte Härte durch die Vorschrift des § 721 Z. Po. erheblich gemildert wird den zur Räumung verurteilten steht diese Vorschrift insofern zur Seite, als das Gericht, wenn auf Räumung erkannt ist, eine den Umständen angemessene Frist gewähren kann. Soweit es sich um die leihweise Ueberlassung von Wohnungen handelt, kommen — wenigstens zur Zeit — das Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. Juni 1923 in Betracht. Zwar ist kein Mietverhältnis gegeben. Aber der soziale Gedanke, der der Mieterschutzgesetzgebung zu Grunde liegt, ist doch der, daß in der heutigen Zeit der Wohnungsnot und des Wohnungselends niemand ohne Not auf die Straße gesetzt werden soll, wenn ihm zur Zeit die Möglichkeit genommen ist, sich anderweit eine Wohnung zu beschaffen. Dieser soziale Gedanke ist aber keine Eigetümlichkeit und Besonderheit des Mietverhältnisses und liegt nicht in Eigentümlichkeiten dieses Verhältnisses begründet. Demnach ist nach meiner Auffassung die entsprechende Anwendung der Mieterschutzgesetzgebung auf die Leihe zuzulassen. Demnach hat das Reichsgericht [1]) auch zu Recht die sinngemäße Anwendung der Mieterschutzvorschriften auf die Wohnungsleihe für zulässig erklärt. Es begründet seine Ansicht zutreffend aus den gleichen sozialpolitischen Erwägungen heraus, die ja in der Mieterschutzgesetzgebung und in dem § 721 Z. Po. ihren Niederschlag gefunden haben. Läßt man die entsprechende Anwendung der Mieterschutzvorschriften auf die Wohnungsleihe zu, dann müßte man eigentlich den Schluß ziehen, daß die Kündigungsvorschriften des § 605 B. G. B. gegenüber den §§ 2—4 des Gesetzes vom 1. Juni 1923 unanwendbar sind. Denn dieses Gesetz ist eine lex spezialis, geht also der allgemeinen Vorschrift des § 605 B. G. B. vor nach allgemeinen Grundsätzen. Nach § 2—4 des Gesetzes vom 1. Juni 1923 würde der Verleiher gegen den Entleiher der Wohnung auf Aufhebung des Leihverhältnisses klagen können, wenn der Entleiher oder eine Person, die zu seinem Hausstand gehört, also Frau, Kind, Hausangestellte, oder zu seinem Geschäftsbetrieb gehört, sich einer erheblichen Belästigung des Verleihers oder eines Hausbewohners schuldig macht, den Raum unangemessen gebraucht, den Wohnraum oder

---

[1]) Gruchot, Band 65, Seite 717, Nr. 89; J. W. 1921, Seite 1365, Nr. 2; vgl. auch Kiefersauer, Mieterschutz und Wohnungsmangel 1924, Seite 19.

das Gebäude erheblich gefährdet, so daß ihm die Aufrechterhaltung der Leihe nicht zugemutet werden kann. Ebenso wenn der Vermieter an der Aufhebung des Mietverhältnisses ein so dringendes Interesse hat, daß auch bei Berücksichtigung der Verhältnisse des Mieters die Vorenthaltung eine schwere Unbilligkeit darstellen würde. Dagegen wären die Kündigungsvorschriften unanwendbar, die lediglich auf der Entgeltlichkeit der Miete beruhen, nämlich die Bestimmung, daß der Vermieter die Aufhebung des Mietvertrages verlangen kann, wenn der Mieter mit der Zahlung des Mietzinses nach § 3 des Gesetzes vom 1. Juni 1923 im Rückstand ist. Man denke sich nun den Fall, der Verleiher der Wohnung geriete in wirtschaftliche Bedrängnis, und es bietet sich ihm Gelegenheit, die verliehene Wohnung durch Vermietung wirtschaftlich auszunutzen und dadurch seine wirtschaftliche Not zu beheben oder wenigstens zu lindern. Einen Grund, der ihm bei Anwendung des Gesetzes vom 1. Juni 1923 die Aufhebung des Leihvertrages gestattete, hat er nicht. Muß er also bei dem Leihvertrage verbleiben oder kann er gemäß § 605 B. G. B. kündigen? Der § 605 räumt dem Verleiher in außerordentlichen Fällen ein weitgehendes Kündigungsrecht ein. Von diesen Fällen interessiert für die aufgeworfene Frage nur der erste. Der § 605 sagt nämlich:

> „Der Verleiher kann die Leihe kündigen, wenn er infolge eines nicht vorgesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf“.

In welchem Verhältnis steht nun diese Bestimmung zu den Vorschriften über den Schutz des Mieters, deren entsprechende Anwendung ja für zulässig erklärt worden ist. Zunächst ist hier hervorzuheben, daß diese Vorschriften nicht wörtlich, sondern nur sinngemäß auf den Entleiher einer Wohnung anzuwenden sind. Wenn man davon ausgeht, so ist folgendes zu sagen:

Das Mieterschutzgesetz will den Mieter schützen, in analoger Anwendung also den Entleiher. Der § 605 B. G. B. will den Verleiher schützen. Das Mieterschutzgesetz will den Mieter davor bewahren, daß er infolge einer willkürlichen Kündigung des Vermieters auf die Straße gesetzt wird in einer Zeit, wo ihm die Möglichkeit genommen ist, anderweit eine Wohnung zu finden. Der § 605 B. G. B. will dagegen den Verleiher davor bewahren, an den Leihvertrag gebunden zu sein, wenn er den verliehenen Gegenstand notwendig hat. Das Mieterschutzgesetz versagt dem Mieter den Schutz, wenn er die Mietwohnung unentgeltlich nützt, d. h.,

wenn er seinen Mietzins nicht zahlt. Es schützt das Gesetz in diesem Falle im Gegenteil den Vermieter, indem es ihm das Recht gibt, Aufhebung des Mietvertrages zu verlangen. Umsoweniger wird man dem Verleiher den Schutz des § 605, Z. 1. B. G. B. versagen können. Denn der Vermieter hat ja wenigstens schon wirtschaftliche Vorteile aus der Mietwohnung gezogen, während der Verleiher solcher Vorteile bisher entbehrt hat. Demnach kommen wir zu dem Ergebnis: *Durch die analoge Anwendung der Mieterschutzvorschriften auf den Entleiher einer Wohnung wird die Anwendbarkeit des § 605 B. G. B. nicht ausgeschlossen.* Der Verleiher der Wohnung kann also in diesem Falle kündigen. An eine Kündigungsfrist ist er nicht gebunden. Erstens spricht § 605 von keiner Kündigungsfrist, zweitens folgt die Fristlösigkeit der Kündigung aus dem Inhalt des § 605. Will der Entleiher die Wohnung behalten oder ist es ihm nicht möglich, eine andere Wohnung unentgeltlich zu bekommen, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als die Leihe in einen Mietvertrag mit dem bisherigen Verleiher zu verwandeln. Wie nun, wenn der Entleiher der Wohnung den Mietvertrag nicht schließen will, andererseits Wohnungen oder andere Räume nicht aufzutreiben sind, die ihm im Falle einer Heraussetzung aus seiner bisherigen Wohnung als Unterkunft angewiesen werden können? Dann wird man nicht umhin können, dem Verleiher einen *Klageanspruch auf Umwandlung des Leihvertrages in einen Mietvertrag zu gewähren.*

Es ist nicht zu verkennen, daß dies ein überraschendes Ergebnis ist. Aber auf andere Weise ist dem Verleiher unter besonders gearteten Umständen im Falle der Wohnungsleihe nicht zu helfen.

Einen ähnlichen Anspruch auf Umwandlung gewährt übrigens die Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung vom 31. Juli 1919, diese kennt auf Grund ausdrücklicher Vorschrift eine Leihe von Grundstücken zum Zwecke nicht gewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung (§ 3). Nach § 3 hat der Verleiher einen *Anspruch auf Umwandlung der Leihe in einen Pachtvertrag.*

Was oben von der Wohnungsleihe gesagt ist, gilt nicht für die Leihe von anderen Räumen. Denn hier kommen die Mieterschutzvorschriften selbstverständlich nicht in Betracht.

Einfacher gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach der Dauer der Leihe und nach dem Zeitpunkt ihrer Beendigung

in den Fällen, wo z. B. jemand dem Publikum die Benutzung seines Gartens gestattet. Da hier die Dauer der Leihe weder bestimmt noch aus dem Zwecke zu entnehmen ist, so kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern (§ 604, Abs. 3 B. G. B.), d. h., die Leihe solcher Räume oder Grundstücke ist frei widerruflich.

Nach § 604 B. G. B. ist der Entleiher verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben. Es steht nun nichts im Wege, daß sich der Verleiher auf unbegrenzt lange Zeit bindet. Ist eine solche Bindung auch bei der Verleihung von Grundstücken und Räumen möglich? Wenn man diese Frage bejaht, kommt man zu einem eigenartigen Ergebnis. Man beachte nämlich einmal die §§ 566, 567 B. G. B., die für Grundstücke und nach § 580 B. G. B. auch für Wohnungen und andere Räume gelten. Ein Mietvertrag, der ein Grundstück oder einen Raum zum Gegenstande hat und der für länger als ein Jahr geschlossen wird, ist nach § 566 nur bei Wahrung der Schriftform gültig, anderenfalls gilt er als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Bindung für längere Zeit als 30 Jahre ist nach § 567 überhaupt ausgeschlossen, es sei denn auf Lebenszeit. Es hört also bei einem auf unbegrenzt lange Zeit abgeschlossenen Mietvertrage über Grundstücke und Räume die Bindung des Vermieters mit dem Ablauf von 30 Jahren auf. Bei einem auf unbegrenzt lange Zeit abgeschlossenen Leihvertrage über Grundstücke und Räume würde die Bindung des Verleihers unbegrenzt lange dauern, da es an einer begrenzenden Vorschrift im Titel über die Leihe fehlt. Dabei hat doch der Vermieter im Gegensatz zum Verleiher ein geringeres oder gar kein Interesse an der Begrenzung seiner Bindung, da er ja den Mietzins erhält. Demgegenüber würde der Verleiher, der nichts erhält, unbegrenzt gebunden sein. Ein solches Ergebnis wäre doch recht unbefriedigend. Wie ist nun in dem angeregten Falle dem Verleiher zu helfen? Es liegt nahe, die Vorschriften des § 567 B. G. B. auf die Leihe an Grundstücken und Räumen entsprechend zu übertragen. Dafür spricht allerdings die Verwandtschaft der Leihe mit der Miete. Deshalb folgt auch im System des Bürgerlichen Gesetzbuches die Leihe auf die Miete. Die eine ist die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, die andere die entgeltliche Gebrauchsüberlassung. Aehnlich ist es ja mit Kauf und Schenkung. Erster ist der entgeltliche, letzterer der unentgeltliche Warenumsatz. Der analogen Anwendung stände also nichts im Wege. Sie erscheint aber unnötig, wenn man in Erwägung zieht, daß das Gesetz in dem § 605 B. G. B. dem Ver-

leiher ein ausgedehntes fristloses Kündigungsrecht gibt. Wenn aber eine der Voraussetzungen des § 605 nicht vorliegen sollte, dann trage ich kein Bedenken, den § 567 B. G. B. auf die Leihe an Grundstücken und Räumen auszudehnen. Denn der Verleiher kann, zumal er keinen Vorteil von dem Geschäft hat, nicht ungünstiger gestellt werden als der Vermieter.

Eigenartig ist die Beendigung der Leihe und ihre Folgen in der Kleingartenordnung geregelt.

Zunächst darf die Leihe nicht gekündigt werden. Da es sich um eine lex spezialis handelt, kommt hier § 605 B. G. B. nicht zur Anwendung. Aber auch die Anwendbarkeit des § 604 B. G. B. ist beseitigt. Aber die Kündigung ist nicht etwa nichtig, sondern hat zur Folge, daß die Leihe auf Verlangen des Verleihers in Pacht umzuwandeln ist. Verlangt der Verleiher die Umwandlung nicht, so ist erst zu prüfen, ob ein wichtiger Grund für die Kündigung oder Nichterneuerung des Leihverhältnisses vorliegt (§ 3, Abs. 2). Ist ein solcher gegeben, dann erst wird man die Kündigung für nichtig anzusehen haben. Ist die Leihe auf bestimmte Zeit abgeschlossen, so ist nach Ablauf der Zeit auf Verlangen des E n t l e i h e r s das Leihverhältnis zu erneuern, aber auf Verlangen des V e r l e i h e r s in ein Pachtverhältnis umzuwandeln.

Der Schutz der Unkündbarkeit nach § 3 K. G. O. gilt jedoch nur solange, als das Grundstück kleingärtnerisch genützt ist.

2. Was muß nach Beendigung der Leihe zurückgegeben werden? Nach § 604 B. G. B. die S a ch e selbst. Wie soll man sich die Rückgabe von Räumen und Grundstücken vorstellen? Bewegliche Sachen können zurückgegeben werden. Nicht aber ein Raum oder ein Grundstück. Wenn der Entleiher das Recht hatte, auf einem Platze des Verleihers Baumaterialien zu lagern, so besitzt doch der Verleiher den Platz immer noch. Es kann ihm dieser Platz doch nicht zurückgegeben werden. Das gilt vor allem für den Fall, daß jemand den Garten eines anderen zum Aufenthalt oder zu Spaziergängen benutzen darf. Man kann also in all diesen Fällen von einer Rückgabe nicht sprechen. Es handelt sich hier vielmehr um Räumung von Grundstücken und Räumen, oder um Unterlassung des Gebrauchs. Dadurch unterscheidet sich die Leihe an Grundstücken und Räumen von der Leihe an beweglichen Sachen, die ja körperlich dem Verleiher zurückgegeben werden können. Das Ziel einer etwaigen Klage wäre somit nicht die Herausgabe, sondern die Räumung bezw. die Unterlassung weiterer Benutzung, d. h. die Unterlassung weiterer Störungen.

Aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses ist ferner zu entnehmen, daß bei der Leihe beweglicher Sachen die Sache am Wohnort des Verleihers zurückzugeben ist (§ 269 B. G. B.). Die Leihe an beweglicher Sache ist also eine Bringschuld. Anders bei der Leihe an Grundstücken und Räumen. Die Räumung kann nur dort erfolgen, wo sich der Raum oder das Grundstück befinden.

Zurückbehaltungsrecht an Räumen und Grundstücken bei der Boden- und Raumleihe.

Nach § 601 B. G. B. hat der Entleiher die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache zu tragen. Diese Kosten kann er also vom Verleiher nicht ersetzt verlangen. „Andere Verwendungen", d. h. also solche, die nicht zu den gewöhnlichen Kosten der Erhaltung gehören, sind ihm zu ersetzen, und zwar nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 604, Abs. 2 B. G. B.). Es fragt sich nun, ob dem Entleiher wegen seiner Ansprüche aus § 604 Abs. 2 B. G. B. ein Zurückbehaltungsrecht an den Leihegegenständen bei der Boden- und Raumleihe zusteht. In Frage kommt hier vor allem das Zurückbehaltungsrecht an einer Wohnung oder an einem anderen Raume. Das Zurückbehaltungsrecht ist im § 273 B. G. B. geregelt. In Frage kommt hier zunächst der § 273 dieser lautet:

> „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird." (Zurückbehaltungsrecht.)

Voraussetzung für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ist demnach zunächst, daß dem aus einem Schuldverhältnis Verpflichteten gegen den Berechtigten Gegenansprüche zustehen. Diese Voraussetzung ist gegeben. Der Entleiher hat die Verpflichtung zur Rückgabe, aber er hat auch gegen den Verleiher einen Gegenanspruch, nämlich den Anspruch aus § 604 Abs. 2 B. G. B. Zweite Voraussetzung ist, daß Hauptanspruch und Gegenspruch aus demselben rechtlichen Verhältnisse entspringen. Das ist bei der Leihe der Fall. Denn der Gegenanspruch aus § 604 Abs. 2 ist ein solcher, der auf der Leihe beruht. Das Zurückbehaltungsrecht kann alsdann ausgeübt werden, *sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt.*

Daß sich aus der Leihe an Grundstücken und Räumen ein anderes ergebe, geht aus den §§ 598ff. B. G. B. nicht hervor. Nun ist aber bereits darauf hingewiesen worden, daß die Leihe Aehnlichkeit hat mit der Miete, und daß Vorschriften des Mietrechts auf die Leihe entsprechend angewendet werden dürften. Nun schreibt aber § 556' B. G. B. vor, daß dem Mieter eines Grundstücks wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht. Diese Vorschrift gilt nach § 580 auch für die Miete an Räumen. Es fragt sich nun, ob eine entsprechende Anwendung auch dieser Bestimmung auf die Leihe an Grundstücken und Räumen am Platze ist. Es liegt doch gerade beim § 556 Abs. 2 nahe anzunehmen, daß der Grund für diese Ausnahmebestimmung gegenüber dem § 273 nicht so sehr in der Eigenart des Mietvertrages zu suchen ist, als darin, daß im Vergleich zu den in Frage kommenden Interessen des Zurückhaltenden der Liegenschaftsbesitz eine erhöhte Bedeutung hat. Liegt der Grund für die Ausnahmebestimmung des § 556 Abs. 2 in der Bedeutung des Liegenschaftsbesitzes, dann ist eine entsprechende Ausdehnung des § 556 Abs. 2 auf das Leihverhältnis ohne weiteres möglich. Denn diese Bedeutung des Liegenschaftsbesitzes ist die gleiche bei der Leihe wie bei der Miete. Die Ausnahmebestimmung des § 556 Abs. 2 hat aber die erhöhte Bedeutung des Liegenschaftsbesitzes nicht, sondern beruht in der Eigenart des Mietvertrages. Das folgt einmal aus der geschichtlichen Entwicklung des § 556 Abs. 2. Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches erkannte ein Bedürfnis, dem Mieter ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen zu versagen, nicht an.[1]) In der zweiten Kommission wurde der gegenwärtige Absatz 2 des § 556 eingefügt, weil ein Zurückbehaltungsrecht wegen der meist unbedeutenden Ansprüche vom Mieter schikanös mißbraucht werden könnten.[2]) Ein Antrag aber, auch dem Entleiher eines Grundstückes das Zurückbehaltungsrecht zu versagen, wurde von der zweiten Kommission abgelehnt, weil ein Bedürfnis für die Anwendung des § 566, Abs. 2 auf die Leihe nicht anzuerkennen sei.[3]) Dazu kommen noch folgende Gründe: hat der Mieter wegen Verwendungen, die er auf die Mietsache gemacht hat, einen Ersatzanspruch nach § 547 B. G. B., so kann er damit gegen den schuldigen Mietzins aufrechnen. Diese Möglichkeit bietet ihm

---

[1]) Mot. Band 2, Seite 402.
[2]) Prot. Band 2, Seite 189.
[3]) Prot. Band 2, Seite 275.

einen ausreichenden Schutz, so daß er eines Zurückbehaltungsrechts in weit geringerem Maße bedarf als der Entleiher. Die Ausnahmevorschrift des § 556 Absatz 2 findet also ihren Grund gerade in der Entgeltlichkeit des Mietvertrages, die diesen von der Leihe unterscheidet. Das Zurückbehaltungsrecht — das geht aus § 273 Abs. 3 hervor — hat den Zweck, den Schuldner dem Gläubiger gegenüber zu sichern. Den meist doch unbedeutenden Ansprüchen des Mieters gegen den Vermieter bietet der Grundbesitz des Vermieters doch genügende Sicherheit, so daß der Mieter eines Zurückbehaltungsrechts nicht bedarf. Dieser Grund kann aber nicht durchschlagend sein, weil auch dem Entleiher gegenüber der Grundbesitz des Verleihers dieselbe Sicherheit bietet wie dem Mieter. Auch greift bei dem Leihverhältnis die für die zweite Kommission maßgebende, oben angeführte Erwägung nicht durch, daß der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht leicht schikanös mißbrauchen könne. Auch die Rechtswissenschaft wie die Rechtsprechung geben dem Entleiher, der einen Anspruch aus § 604 Abs. 2 B. G. B. gegen den Verleiher hat, das Zurückbehaltungsrecht.[1])

---

1) R. G. Band 65, Seite 270ff; Planck, § 604, Anm. 4.

Literatur-Verzeichnis

1. Blume, Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge Recht 1908.
2. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, 1892.
3. Brunner, Der Leihzwang in der deutschen Agrargeschichte, Berlin 1897.
4. Burckhard, Zum Begriff der Schenkung 1899.
5. Busch, Schaffeld, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Berlin und Leipzig 1923, 5. Aufl.
6. Cosak, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Band I, 1903, 4. Auflage, Jena.
7. Cosak, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1922, 7. Auflage.
8. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band I, 1900. Band II, 1902.
9. Dernburg, Pandekten, Band II, 1900, Band I, 1902.
10. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Band II, Abt. 2, 1906, Abt. 1, 1905, Band III, 2. Auflage.
11. Deutsche Juristenzeitung.
12. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1923.
13. Enneccerus—Kipp u. Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 18. bis 22. Auflage 1923.
14. Enneccerus—Lehmann, Das bürgerliche Recht, Band I, 1901.
15. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
16. Falkmann—Mugdan, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
17. Goldmann—Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch 1903.
18. Gruchot, Beiträge.
19. Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band I, Stuttgart 1897.
20. Hanseatische Gerichtszeitung Nr. 26, 32. Jahrgang.

21. Haimbach, Leihe in Weiske's Rechtslexikon, Band VI, 1845.
22. Ihering, Jahrbücher.
23. Juristische Wochenschrift.
24. Juristische Zeitschrift für das Reichsgebiet Elsaß-Lothringen, 36. Jahrgang 1911, Straßburg.
25. Kaiserberg, Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung, Berlin 1924, 3. Auflage.
26. Keller u. Friedberg, Pandekten 1861.
27. Kiesow, Schenkung, Leihe und Auftrag.
28. Klein, Die Rechtsformen der Gebrauchsleihe im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 1902.
29. Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Band II, 1886, 8. Auflage.
30. Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II, 1906.
31. Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches 1901.
32. Krückmann, Gefälligkeitsverträge, Iherings Jahrbuch, Band 54.
33. Krückmann, in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1909.
34. Kiefersauer, Grundstücksmiete 1. Teil: Mieterschutz und Wohnungsmangel 1924.
35. Leipziger Zeitschrift 1921.
36. Lindemann—Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Leipzig 1923, 2. Auflage.
37. Manigk, Willenserklärungen und Willensgeschäft.
38. Manigk, in Iherings Jahrbüchern, Band 75, Jahrg. 1925. „Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung".
39. Meißner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1898.
40. Mittelstein, die Miete 1900.
41. Motive II, Zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, amtl. Ausgabe, Band II, Recht der Schuldverhältnisse Berlin-Leipzig 1888.
42. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1912, 6. Auflage.
43. Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.
44. Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse 1906.
45. Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1904.
46. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Ent-

wurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet.
47. Puchta, Lehrbuch der Pandekten 1838.
48. Rathey, Gefälligkeitsverträge und Tierhaftung 1915.
49. Regelsberger, Pandekten, Band I, 1893.
50. Rietschel, Zur Entstehungsgeschichte der freien Erbleihe 1890.
51. Sachse, Leihe Dissertationen, Leipzig 1904.
52. Sächsisches Archiv X, Leipzig 1910.
53. Savigny, System des römischen Rechts, Band IV, 1841.
54. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse.
55. Schey, Obligationenverhältnisse, Band I, Wien 1895.
56. Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht 1904.
57. Schlie, Leihe, Dissertationen, Schwerin 1905.
58. Schmoller, Allgemeine Volkswirtschaftslehre.
59. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche 1904, 1897.
60. Seuffert Archiv, Band 59, Band 37, für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten.
61. Sohm, Institutionen 1903.
62. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse 1912, 7. und 8. Auflage.
63. Staudinger, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches auf Grund von J. v. Staudingers Kommentar bearbeitet von F. Keidel, München, Berlin und Leipzig 1920, 2. Auflage.
64. Steinstraß, Leihe, Diß, 1915.
65. Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1923.
66. Windscheid—Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 1906.
67. Zabel, Der Leihvertrag, Leipzig 1910.

Druck:
Leopold Freund
Breslau 1
Herrenstraße 30